

A obrigação de diligência: sua configuração na obrigação de prestar melhores esforços e efeitos do seu inadimplemento

Judith Martins-Costa^{*}

Doutora e Livre Docente em Direito Civil pela Universidade de São Paulo

SUMÁRIO

Introdução

Parte I. Das obrigações de meios (diligência)

1. Caracterização geral das obrigações de diligência

2. A obrigação de empregar melhores esforços

Parte II. Do inadimplemento de uma obrigação de melhores esforços e de
seus efeitos

1. O inadimplemento relativo (mora)

2. Inadimplemento definitivo

3. Os efeitos do inadimplemento

Conclusão

Bibliografia

* Foi professora de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. É Presidente do Instituto de Estudos Culturalistas.

Introdução

No primeiro quarto do século XIX, René Demogue¹, civilista francês, tratando do problema da repartição do ônus da prova em matéria de obrigações contratuais e delituais, ensaiou uma distinção que faria fortuna: sobre o devedor, escreveu, pode pesar uma obrigação que não terá sempre a mesma natureza.

Haverá *obrigação de resultado* quando, implícita ou expressamente, o contratante obriga-se – como está o nome a indicar – a prestar determinado resultado. Por exemplo, construir um prédio, ou elaborar um trabalho técnico, como um laudo contábil; transportar uma pessoa, ou disponibilizar um determinado número de bens a serem comercializados, ou vender determinada coisa. Nestes casos, para adimplir o contrato, o devedor tem o dever de prestar o resultado prometido, isto é: o prédio, construído; o laudo, confeccionado; a pessoa transportada ao destino combinado; os automóveis entregues à concessionária para comercialização na quantidade ajustada; o apartamento a ser vendido, etc.

Em face dessa modalidade de obrigações, afirmava Demogue, haveria inexecução², tendo o credor ganho de causa sempre que o resultado não fosse alcançado, a menos que o devedor provasse a impossibilidade de prestar por caso fortuito ou força maior. Mas questionava: e se o devedor tivesse prometido adotar *certas medidas* que visassem a certo resultado?

Tratava, então, da segunda modalidade, que nomeou como *obrigação de meios*. Referia, dentre outras hipóteses, o dever do médico de empregar seus cuidados para curar o paciente. Se o doente morresse, dizia, ninguém pensaria em condenar o médico. E concluía caber ao “objetivo do contrato, às regras gerais e à vontade das partes” estabelecer a distinção sobre a *natureza do dever prometido*: se o de alcançar certo resultado ou empregar sua diligência (meios) para que certa finalidade fosse alcançada³.

Desde então, a dicotomia expressada e etiquetada por Demogue⁴ é um verdadeiro *acquis* da Ciência Jurídica ocidental, malgrado ora se proclame a sua ainda maior ancianidade⁵, ora se brade sua inutilidade e, até mesmo, uma

1 DEMOGUE (1925), p. 539.

2 Os termos inexecução, inadimplemento e incumprimento serão aqui utilizados como sinônimos, reportando-se ao mesmo fenômeno, qual seja, o não cumprimento imputável de uma obrigação contratual.

3 DEMOGUE (1925), p. 543.

4 Assim reconhece Comparato, ao assinalar ser ainda vacilante – na época em que escreveu, 1967, a terminologia, anotando: “‘Obrigações de meios’ e ‘obrigações de resultado’ foram as denominações empregadas por Demogue. André Tunc prefere as expressões ‘obrigações determinadas’ e ‘obrigações gerais de prudência e diligência’. As obrigações de meios para Mengoni são ‘obrigações de simples comportamento’, e para Betti ‘obrigações de conduta’ (*contegno*)” [COMPARATO (1967), p. 524, nota de rodapé n. 4].

5 Apesar de sua consagração terminológica apenas no século XX, diz Deroussin, a doutrina “sempre,

suposta “inconstitucionalidade”⁶. A prática desmente, todavia, os áugures de sua falta de serventia. Não apenas a distinção dogmática tem uso frequente na vida dos contratos empresariais⁷ quanto está consagrada, por exemplo, nos Princípios dos Contratos Comerciais Internacionais do UNIDROIT, de 2016, cujo art. 5.1.4 explicita: “o devedor de uma obrigação de resultado deve fornecer o resultado prometido”; “o devedor de uma obrigação de meios deve empregar na execução de sua prestação a prudência e a diligência de uma pessoa razoável de mesma qualidade, colocada na mesma situação”⁸.

A obra de Demogue teve seguimento em texto de outro civilista francês, André Tunc, do final da década de 1940⁹, que, vinte e poucos anos mais tarde, foi lido por um grande jurista brasileiro, cujo texto, publicado em 1967¹⁰, é ainda hoje a grande referência em nossa doutrina sobre o tema¹¹.

Traçando a história das ideias que culminaram na distinção entre as modalidades das obrigações, Comparato sintetizava os critérios que a presidiam, em Demogue e em autores situados em outras tradições jurídicas, operando certa distinção: o critério a discernir entre as obrigações de meio e de resultado “não se funda numa diferença de intensidade ou de grau na diligência ou no

mais ou menos conscientemente, diferenciou a situação na qual o devedor encontra-se precisamente obrigado à obtenção de um resultado (na falta do qual a responsabilidade é automaticamente desenhada) daquela segundo o qual a atitude que o devedor adota conta mais que o resultado que foi, ou não alcançado”. Historiadores pontuam essa distinção (ou, ao menos, algumas de suas *nuances*) em juristas do Direito intermédio, acerca da responsabilidade médica [v. DEROUSSIN (2012), p. 60]. Outros trabalhos aventam a percepção do *discrime* “de forma mais ou menos explícita na doutrina germânica desde fins do século XIX”, como relata COMPARATO (1967), p. 524.

6 Para um arrolamento das críticas à distinção, vide RENTERÍA (2011), especialmente pp. 27-40. Para o enquadramento dogmático, v. MINASSE (2005), especialmente pp. 77-87.

7 Com levantamento sobre o uso crescente na prática societária e empresarial, vide COSTA (2016).

8 UNIDROIT Principles, 2016. Os Princípios acolhem, no art. 5.1.4, a distinção entre obrigações de meio (*obligation de moyens*, na tradução francesa; *duty of best efforts*, na língua inglesa) e de resultado (*obligation de résultat*, em francês; *duty to achieve a specific result*, em inglês). No original: “Duty to achieve a specific result. Duty of best efforts: (1) To the extent that an obligation of a party involves a duty to achieve a specific result, that party is bound to achieve that result. (2) To the extent that an obligation of a party involves a duty of best efforts in the performance of an activity, that party is bound to make such efforts as would be made by a reasonable person of the same kind in the same circumstances.”

9 TUNC (1945). O texto só parece ter sido traduzido no Brasil mais de meio século transcurso, em 2000, por iniciativa da Professora Véra Fradera: TUNC (2000).

10 COMPARATO (1967). Na doutrina francesa posterior, a distinção entre meios/resultado foi refinada terminologicamente, então se falando em obrigações determinadas (resultado) e obrigações gerais de prudência e diligência (meios), conforme o devedor esteja obrigado a um fato determinado, minudenciando-se precisamente o dever (resultado), ou esteja obrigado a prestar diligência para alcançar o resultado almejado (meios). Vide, exemplificativamente, CHABAS (1998), p. 13.

11 Entre os civilistas brasileiros da segunda metade do século xx, Caio Mário da Silva Pereira, por exemplo, refere ser essa classificação feita para resolver o “problema da apuração da responsabilidade civil”, não vendo nenhuma utilidade em construir “uma classificação genérica sobre essa base” [PEREIRA (2014), p. 85]. Na doutrina brasileira mais recente, ver CRUZ (2005).

resultado esperado”, pois “o regime das obrigações de meios não representa um enfraquecimento do vínculo obrigacional relativamente ao das obrigações de resultado”. O que sucede – acentuava – “é que as primeiras comportam uma prestação cuja natureza é sensivelmente diferente da prestação das segundas”. E anotava, concordando, no essencial, com Tunc: “Tôda prestação compreende normalmente dois elementos: um elemento objetivo, que corresponde ao bem ou resultado (que não é forçosamente material) a ser produzido em benefício do credor, e um elemento subjetivo, consistente no comportamento do devedor em vista deste resultado. Algumas vêzes, porém, êsse resultado final não pode entrar no vínculo, pelo fato de depender normalmente, segundo o critério do *id quod plerumque accidit*, de fatores estranhos à vontade do devedor. A prestação então compreenderá tão-só um comportamento diligente e honesto do devedor em vista da obtenção dêsse resultado. Por conseguinte, é no critério da aleatoriedade do resultado esperado que se situa, em última análise, o fundamento da nova classificação das obrigações”¹².

À divisão binária entre obrigações de meio e de resultado, Comparato ajuntou ainda uma terceira modalidade, qual seja, a da obrigação de garantia¹³. Nestas, o devedor promete garantir um risco, sendo exemplo sempre recordada a prestação assumida pelo segurador em face do segurado. O que se contrata, desde logo, é a transferência de um risco que impende sobre a esfera do segurado para a esfera do segurador¹⁴, razão pela qual, pelo contrato, tem o titular do legítimo interesse submetido a risco uma proteção determinada: a garantia é a própria prestação principal¹⁵. Assim é no contrato de seguro¹⁶ e também será no que diz com a obrigação principal de contratos de garantia financeira, e até mesmo, dependendo de alguns requisitos, no concernente a deveres

12 COMPARATO (1967), pp. 534-535.

13 A tripartição vem de Emilio Betti que, ao expor os tipos de cooperação devida na relação obrigacional, distingue entre prestações (cooperação devida) consistentes no desenvolvimento de uma atividade; como resultado de um obrar; e como assunção de uma garantia por riscos. Na primeira, trata-se simplesmente de desenvolver uma atividade no interesse do credor; na segunda, trata-se de colocar à disposição do credor o resultado útil de um obrar; na terceira (prestação de garantia), o adimplemento não é alcançado nem por meio de um comportamento diligente, nem por meio do resultado útil de um obrar: a sua utilidade consiste numa garantia, é dizer, na segurança que desde o momento da conclusão contratual, o devedor dá ao credor, independentemente do fato consiste na indenização de um dano. A própria garantia é devida desde o momento da conclusão contratual [BETTI (1953), pp. 39-44]. Note-se ser a obrigação de garantia inconfundível com a “garantia das obrigações”, seja a garantia geral, consistente no patrimônio do devedor (Código Civil brasileiro, art. 391), sejam garantias reais, como o penhor ou fidejussórias, como a fiança.

14 MARTINS (2018), p. 21.

15 TZIRULNIK; CAVALCANTI; PIMENTEL (2002), p. 22.

16 Código Civil brasileiro, art. 757: “Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou coisa, contra riscos predeterminados.”

que são objeto de determinada garantia contra riscos inserta em cláusulas de “Declarações e Garantias”¹⁷. Eliminar um risco, diz Comparato, “significa ‘a fortiori’ reparar as conseqüências de sua realização. Mas mesmo que esta não se verifique, a simples assunção do risco pelo devedor de garantia representa o adimplemento de sua prestação”. Marcava, assim o traço característico fundamental da *obrigação de garantia*: a obrigação principal é a de garantir um risco predeterminado, por isso deve ser cumprida haja o que houver, sem exclusão de responsabilidade.

Diga-se, desde logo, que as diferentes espécies de deveres defluentes de uma relação negocial (nomeadamente, a relação contratual) – seja a classificação feita por sua fonte seja por seu objeto¹⁸ – não têm qualquer relevância quanto aos efeitos de *criar vinculabilidade jurídico-obrigacional*. Também não a tem quanto à *sancionabilidade por via reparatória*. Todas as espécies de deveres defluentes de um contrato (principais, secundários, anexos e de proteção), em quaisquer das modalidades com que se apresentem (de meio, de resultado e de garantia), igualmente *vinculam* o devedor e, uma vez podendo ser exercida a pretensão de direito material que lhes é correlata, *obrigam* o sujeito passivo da relação obrigacional¹⁹.

Porém, embora desimportantes para o efeito de criar o vínculo obrigacional, essas distinções têm imensa relevância prática quanto aos seus *efeitos quando do inadimplemento*, a começar pela sua própria caracterização, chegando às *regras do ônus da prova* e mesmo à questão de saber se o *incumprimento de um dever secundário*, caracterizado por uma obrigação de meio, poderia

17 Trata-se das conhecidas cláusulas de *representations and warranties*, advindas da prática contratual do *common law* e hoje disseminadas na prática contratual brasileira, notadamente em contratos de compra e venda de participação societária. A qualificação acima aventada não afasta o cuidadoso exame do conteúdo da obrigação por vezes intitulada “de garantia”, pois sob a denominação genérica podem estar agregadas categorias dogmáticas diversas: declarações inexas, normalmente condições; deveres de diligência, de resultado e de garantia; deveres impropriamente chamados de garantia e, ainda, deveres de resultado impropriamente denominados “de resultado”, entre outros. Na bibliografia mais recente, em língua portuguesa: GREZZANA (2019).

18 Como nem todas as obrigações obedecem às mesmas regras, a doutrina distingue: conforme a sua *fonte*, as obrigações podem ser negociais ou extranegociais ou derivarem de um transpasse patrimonial injustificado conforme nasçam de um contrato (“obrigação de adimplir” ou, subsidiariamente, “obrigação de indenizar substitutivamente”) ou de um ato ilícito absoluto (“obrigação de indenizar”) ou de uma movimentação interpatrimonial destituída de causa ou que restou sem causa, por efeito da nulidade (“obrigação de restituir”). Conforme o seu objeto, a obrigação pode ser de dar, fazer ou não fazer (ou se omitir). Duas obrigações nascidas de uma mesma fonte (p. ex., o contrato) podem ter diferentes objetos (dar e fazer); ainda, duas obrigações nascidas da mesma fonte (e.g., o contrato) e tendo o mesmo objeto (p. ex., o fazer) podem ter diferentes efeitos. Aí está a utilidade da distinção entre obrigações de meios, de resultado e de garantia.

19 Acerca das distinções entre vinculabilidade, vinculação, dever e obrigação, em sentido próprio ou estrito, ver, por todos, PONTES DE MIRANDA (1954b), §§ 507-508, pp. 7-12; e PONTES DE MIRANDA (1971a), § 2.679, pp. 7-8.

amparar, ou não, uma pretensão a resolver contrato bilateral e sinalagmático, nos termos autorizados pelo art. 475 do Código Civil.

São frequentes as dúvidas sobre a própria caracterização e sobre os efeitos do incumprimento de um dever de diligência: como se singularizam em face das demais modalidades das obrigações? Apresentam-se sempre com idêntica intensidade? Terão a mesma medida de eficácia dos deveres de resultado? Poderá um contrato ser resolvido pelo inadimplemento de um dever de diligência?

Para ensaiar resposta a essas indagações, cuidarei, na *Primeira Parte*, da caracterização do dever de meio, ou diligência, e especificamente de uma de suas configurações: o dever de prestar os “melhores esforços”, geralmente posto como dever secundário a uma obrigação principal de resultado. Na *Segunda Parte*, examinarei o inadimplemento de uma obrigação de diligência, atentando às espécies de inadimplemento e aos seus efeitos, inclusive a resolução, quando do incumprimento definitivo.

Parte I. Das obrigações de meios (diligência)

Conquanto a diligência seja devida em qualquer obrigação²⁰ derivada de um contrato – e embora todos os que contratam persigam a satisfação de um interesse a ser realizado pelo contrato –, (1) há traços que peculiarizam as obrigações de diligência em face das obrigações de resultado e de garantia. Uma espécie de dever de diligência previsto de modo especial em contratos empresariais é (2) o de empregar “os melhores esforços” voltados à obtenção de determinado resultado.

1. Caracterização geral das obrigações de diligência

A expressão “relação contratual” designa um conjunto de atividades e condutas, originárias de um contrato e teleológica e vinculativamente direcionadas para a produção de efeitos jurídicos coerentes com o que foi desenhado ou planejado no acordo entre as partes. O conteúdo dessas atividades e condutas é especificado, no mais das vezes, por meio de um conjunto de cláusulas que, analiticamente examinadas, revelam uma polifacetada *estrutura de deveres de prestação*²¹ articulados entre si para que o programa contratual seja realizado,

20 O termo “obrigação” vem aqui empregado em sentido lato, equiparável a dever, conteúdo de relação jurídica obrigacional irradiada de um contrato, e não apenas à dívida quando já exigível [veja-se: PONTES DE MIRANDA (1971a), § 2.679, 6, pp. 12-13].

21 A palavra *prestação* designa o objeto da relação obrigacional. Designa imediatamente uma *atividade*, traduzida em um comportamento: como vem da tradição romana, um *dar*, ou um *fazer* ou um *não-fazer*, ou numa *abstenção* (não fazer). Apenas mediamente, e nas obrigações de dar, pode significar a coisa

pois a relação obrigacional é finalística: explica-se pelo seu fim, o adimplemento²², que dinamiza o vínculo e polariza a própria compreensão dos deveres nela inseridos.

Aos deveres de prestação, atribuídos ao devedor, corresponde o “direito de crédito” do credor. Em virtude do contrato, este tem interesse jurídico a receber a prestação, bem como a possibilidade de exigí-la. O interesse do credor à prestação contempla, muito sinteticamente, o interesse nos (i) *deveres principais de prestação* – também ditos “deveres primários de prestação”, ou “obrigações principais”, ou, ainda, “obrigações primárias de prestação”, assim se qualificando aqueles que caracterizam o tipo contratual (legal ou social) em causa; (ii) *deveres secundários*, que secundam o dever principal de prestação, como, exemplificativamente, o de indenizar pelo fato do inadimplemento, o de conservar em bom estado a coisa dada em comodato, o de diligenciar pela obtenção de uma licença, o de prestar garantias adicionais, entre tantos outros que complementam a obrigação principal ou mesmo a substituem, quando do inadimplemento; e, finalmente, (iii) os *deveres anexos ou instrumentais*, também insertos nos interesses de prestação com grau de vinculação *imediata*²³ aos deveres principal e secundário, como o dever implícito de cooperação para que a obrigação principal seja eficientemente colimada²⁴.

O tipo do dever – se de meios, resultado ou de garantia – não é elemento a ser considerado para qualificá-lo entre as espécies componentes da estrutura de deveres (principais, secundários e anexos). Modalidades e espécies apenas analiticamente encontram-se separadas. Na prática, um dever de meios pode consistir na obrigação principal (por exemplo: o dever do advogado no contrato de mandato; o do consultor financeiro, na prestação de serviços de consultoria; o de uma empresa de engenharia contratada para “prospectar” imóveis para serem incorporados). Um dever de resultado pode configurar um dever secundário (por exemplo, a entrega de um laudo, ou de um parecer, que auxiliará o advogado no cumprimento do seu mandato) e assim por diante. Uma garantia

(res), dita, então, objeto mediato, ou indireto, da prestação. Outra classificação distingue-as entre *prestações de fato* e *prestação de coisa*. A prestação de fato engloba fatos positivos e negativos, abstenções ou omissões. As prestações de coisa abarca o dar, o prestar uma coisa para uso e fruição do devedor, ou em restituir. [Para essa classificação: ALMEIDA COSTA (2009), pp. 152 e 691-697.]

22 Acerca da perspectiva finalista da relação obrigacional, v., por todos: COUTO E SILVA (2006).

23 HAICAL (2010), pp. 62-63.

24 Para uma explanação, v. MARTINS-COSTA (2018a), pp. 238-243. Essa síntese diz respeito apenas aos deveres respeitantes ao interesse de prestação. Portanto, não inclui os deveres laterais, também ditos “deveres de proteção”, que atinem aos interesses de proteção e não, imediatamente, aos interesses de prestação. Analiticamente considerada, a relação obrigacional alberga, além de direitos e deveres principais, secundários, anexos e laterais; direitos potestativos, sejam direitos formativos sejam direitos de exceção e os respectivos estados de sujeição; direitos expectativos; ações; situações do acionado; ônus; faculdades.

pode vir posta como dever secundário em contrato cuja prestação principal é de resultado ou mesmo de diligência.

Em suma: numa mesma relação contratual, podem estar acopladas as três espécies de deveres, bem como as modalidades de resultado e de meios, como, *e.g.*, quando um profissional é contratado para consertar certa máquina danificada: deve empregar diligência no conserto (meios) e repor peças, substituindo as prejudicadas (resultado); o dever principal será a prestação do serviço de conserto; um dever secundário pode ser o de fazer testes, a fim de verificar, em vários cenários, o desempenho da máquina; e um dever anexo ao dever principal seria o de informar sobre o correto uso da máquina.

Dois traços caracterizam a obrigação de meios. Trata-se, primeiramente, de uma obrigação de diligência – tanto que as expressões “obrigações de meios” e “obrigação de diligência” podem ser usadas como sinônimas. Diligência é cuidado, é atenção e, em sentido amplo, engloba “a perícia ou habilidade técnica do devedor, com relação ao resultado que constitui a causa do negócio”²⁵. Normalmente, desdobra-se em ações como a de bem se qualificar profissionalmente (integrante, *e.g.*, da diligência do médico ou do advogado); o de se informar e o de refletir como passo prévio ao conselho ou parecer que deva dar (componente, por exemplo, da diligência do consultor ou do parecerista), o de investigar, o de fiscalizar e o de vigiar para bem administrar (ínsito aos administradores). Porém, não há dever de diligência apenas nas obrigações de meios. Essa é exigível em toda e qualquer obrigação contratual e, muito especialmente, nas obrigações de fazer, pois, para se atingir determinado resultado com satisfação aos interesses do credor, é preciso ser cuidadoso, não negligente, vale dizer: diligente. Todavia – e aqui está o ponto principal a compreender –, na obrigação de meios, a *diligência*, em si mesmo considerada, é o próprio *objeto* da prestação.

O segundo traço é o *caráter aleatório do resultado* querido pelo credor, pois existem atividades nas quais não pode ser prometido resultado, embora este seja querido pelas partes. É o que havia percebido André Tunc, ao destacar que, nas obrigações de resultado, a obrigação “tem por objeto este resultado quando pode presumir que a diligência do devedor irá atingi-lo; no caso contrário, ela tem por objeto a própria diligência”, é dizer: o conteúdo da obrigação assumida é a própria diligência, em si mesmo considerada²⁶.

Exemplificativamente, num contrato de colaboração empresária para a exploração conjunta de negócios imobiliários, pode-se assumir os deveres de planejar, projetar, buscar certidões, registros, informar, contratar, promover

25 COMPARATO (1967), pp. 538-539.

26 TUNC (2000), p. 757.

atividades de *marketing*, em suma, o que for necessário, lícitamente, *para que* o fim da colaboração empresária ajustada (no exemplo: a venda dos lotes ao público) seja alcançada. Em outro exemplo, num contrato de compra e venda de participação societária (cujo resultado será a alienação, com a consequente transmissão do direito sobre as ações ou cotas), podem as partes, ou uma delas, assumir, como deveres (secundários) de diligência os de, entre o *signing* e o *closing*, empregarem os seus melhores esforços na condução da empresa, diligenciando para o solucionamento de pendências judiciais e administrativas, requerendo alvarás e buscando oportunidades de negócio. Ou, ainda, num contrato de construção (cuja obrigação principal também é tipicamente de resultado), pode o empreiteiro assumir, além da obrigação de construir, a de adotar “todas as ações” e tomar “todas as providências direta e indiretamente necessárias relacionadas à completa e perfeita conclusão do escopo”, as quais podem abarcar obrigações de meios, tais como a de empregar os “melhores esforços” para que os projetos que lhe foram entregues pela dona da obra sejam aprovados pelas autoridades municipais num determinado termo.

Em todos esses casos, o cumprimento do dever de diligência está vinculado apenas instrumentalmente ao resultado pretendido (vender lotes, no negócio imobiliário; alienar as cotas de uma sociedade; construir o prédio); está, pois, calcado na adoção de condutas, decisões, ações e, eventualmente, omissões, para que o resultado seja atingido. Conquanto o devedor não assuma o risco do não atingimento do resultado, assume o dever de atuar diligentemente, pois, caso seja negligente, resta sujeito às consequências do inadimplemento. Em certos contratos (como os de administração de sociedade), os deveres dos administradores “invariavelmente configuram obrigação de meios, não de resultados, sendo a assunção consciente de riscos inerente à atividade empresarial”²⁷.

A distinção entre obrigações de meios e de resultado não está expressa no Código Civil, considerando-se ser implícita à própria natureza diversa das obrigações. Diferentemente, os Princípios UNIDROIT, que tentaram harmonizar diversas tradições jurídicas, a par de contemplarem a distinção entre obrigações de meios e de resultado (art. 5.1.4), oferecem critérios, não exaustivos, para a determinação da modalidade da obrigação envolvida, assentando-se no – mas indo para além do – critério naturalístico que estava na origem da distinção. No art. 5.1.5, estão estabelecidos, além da natureza da obrigação expressa no contrato e do grau da álea normalmente presente na busca do resultado visado pelo contrato, o preço ou outras condições do contrato e o grau de influência do credor na execução da prestação.

27 PARGENDLER (2015). Também referindo tratar-se de obrigação de meios: EIZIRIK (2011), p. 349. *Vide* nota 18, *supra*.

Os dois primeiros (natureza da prestação e grau de álea) correspondem ao que já vinha implícito em Demogue e explícito em Tunc. A consideração do preço e outros elementos do contrato pode ser indicativa quando se tratar, por exemplo, de uma obrigação recíproca em valor excessivamente alto, tais quais certas cláusulas que ligam o pagamento ao sucesso da operação. Assim também pode auxiliar a discernir se uma obrigação é de meios ou de resultado a influência do credor sobre a execução da obrigação, como no exemplo que ilustra a proposição do art. 5.1.5: A dispõe-se a fornecer a B a assistência técnica necessária para aplicar um processo químico recentemente descoberto. É concluído um acordo segundo o qual B enviará alguns de seus engenheiros para participar das sessões de formação profissional organizadas por A. Nesse caso, A, o devedor, não poderá prometer o resultado (isto é, o domínio, pelos engenheiros de B, do processo químico que está fornecendo), pois este resultado depende tanto do fato de B enviá-los quanto da competência técnica dos engenheiros e de sua dedicação ao curso de formação profissional.

Como se vê, a classificação de uma obrigação como “de meios” pode ser, por vezes, tema bem enredado. Também é embaraçosa a questão de saber *qual é a intensidade* do dever de diligência ajustado. Especificamente, quando as partes adjetivam a obrigação de meios, pactuando o emprego dos “melhores esforços”²⁸ (ou expressões similares), a que ponto vai a diligência exigível?

2. A obrigação de empregar melhores esforços

É cada vez mais comum, na prática contratual brasileira – especialmente nas relações empresárias –, ajustar-se, contratualmente, obrigação de “melhores esforços” voltados à obtenção de certo resultado. Segundo as traduções francesa e inglesa dos Princípios UNIDROIT, não há distinção entre a obrigação de melhores esforços (denominação que advém do inglês *best efforts*) e o que a tradição francesa denomina de “obrigação de meios”²⁹. Melhor explicitando

28 Exemplificativamente, uma cláusula assim redigida: “Melhores Esforços. Observados os termos e condições do presente Contrato, as Partes obrigam-se a praticar, ou a fazer com que sejam praticados, todos os atos, bem como se obrigam a adotar, ou a fazer com que sejam adotadas, todas as providências, conforme seja necessário nos termos das Leis aplicáveis, para consumir as operações contempladas no presente Contrato. As Partes comprometem-se a celebrar e entregar todos os documentos, contratos e demais instrumentos, bem como a praticar os demais atos que se façam necessários ou convenientes a fim de consumir ou implementar com agilidade as operações contempladas no presente Contrato”.

29 *E.g.*, na jurisprudência brasileira, Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP). Ap. Civ. 9226484-71.2007.8.26.0000. 25.^a Câmara de Direito Privado. Relator Des. Ricardo Pessoa de Mello Belli. J. em 31.08.2011. Sinteticamente: por ocasião do distrato de um contrato de distribuição, as partes firmaram, dentre outros, “contrato de suporte de vendas” pelo qual Haworth comprometeu-se, contratualmente, a “envidar os seus melhores esforços para assessorar Space Plan em seus esforços para celebrar negócios de serviços para gerar lucros brutos, ou o equivalente de taxas de serviço de distribuidora no valor de US\$ 720.000,00 (setecentos e vinte mil dólares americanos)”, especificando o contrato, a título exemplificativo,

– e para discerni-la da obrigação geral de diligência –, pode-se afirmar que a obrigação de melhores esforços é espécie de obrigação de meios na qual está implicado um *standard* deliberadamente alto da diligência contratualmente devida, vindo, normalmente, acoplada a uma obrigação de resultado.

Diga-se, desde logo, haver respeitável opinião doutrinária no sentido da impossibilidade de se averiguar a medida do esforço exigível, salvo se os contraentes o tiverem explicitamente definido, razão pela qual a cláusula de melhores esforços seria “inócua” e “desnecessária”, verdadeira “disposição não-contratual inserida no contrato, de conteúdo ético ou moral, equivalente a uma carta de intenções ou a um acordo de cavalheiros”³⁰. No meu modo de ver, porém, o dever de realizar “melhores esforços” existe com conteúdo próprio, geralmente como dever secundário, não se confunde com os deveres anexos decorrentes da boa-fé, é contratualmente vinculante, e seu conteúdo – bem como a intensidade do dever – há de ser averiguado *relacional e finalisticamente*.

A cláusula de “melhores esforços” não é inócua, pois qualifica claramente um dever de conduta. Este é especificado, ainda que em termos vagos, pelo verbo ou pelos verbos e complementos expressos no texto contratual (e.g., cooperar, requerer, diligenciar, realizar reuniões, promover encontros para a realização de impasses societários, obter autorizações, auxiliar a expandir os negócios, etc.). A vagueza na descrição dos esforços devidos não significa inutilidade, pois pode ser (e, geralmente é), uma *incompletude deliberada*. Como constatado em pesquisa que se debruçou sobre a prática contratual brasileira, essas cláusulas “são inseridas no acordo exatamente porque a conduta específica esperada para a obtenção do resultado pretendido pode ser desconhecida, difícil ou impossível de definir no momento do fechamento (*sic*) do contrato”³¹.

A indefinição *ex ante* não significa, de modo algum, a impossibilidade de especificação *ex post*. A relativa indefinição dos termos indicativos do conteúdo concreto da diligência está ligada, fundamentalmente, aos riscos contratuais e aos custos da operação viabilizada pelo contrato³². Os “melhores esforços”, e

alguns desses serviços. Vindo as partes a litigar, Space Plan argumentava que a cláusula garantiria o pagamento de rentabilidade mínima; sublinhava, ainda, Haworth a qualificação como obrigação de melhores esforços. O acórdão começou por apontar a natureza da cláusula (obrigação de meios) para, ao final, concluir, com base em elementos subjetivos e objetivos, que a obrigação não havia sido inadimplida.

30 VENOSA (2003).

31 COSTA (2016), p. 25.

32 Como anota Mariana Pargendler relativamente a outra espécie de deveres – os deveres fiduciários –, também frequentemente não especificados *ex ante* de modo exaustivo, há deveres “highly context dependent, but this does not make it untailored as I have defined the term. All that this means is that fiduciary duties are by and large untailored standards, rather than rules. According to a prominent definition, while a standard may leave both the specification of what conduct is permissible (or prohibited) and the determination of factual issues to the adjudicator, a rule usually entails a determination of what conduct is permissible in advance, so that the adjudicator is left solely with factual questions”. Consequentemen-

similares, “surtem deliberadamente por opção dos contratantes, simplesmente porque negociar algo ainda indefinido pode ser bastante custoso”³³. Não há propriamente lacuna, porque não há falta de disciplina, não há falta de norma³⁴; pode haver, quanto muito, dúvida sobre o sentido da norma contratual, restando o intérprete, então, direcionado às regras de interpretação contratual. O seu suporte fático estará então indicado nos usos do tráfico jurídico ou será concretizado com base no princípio da boa-fé (Código Civil, art. 113).

Exemplifique-se com o caso *Bloor v. Falstaff Brewing Corporation*³⁵, no qual P. Ballantine & Sons, produtora norte-americana de cerveja, após passar por dificuldades financeiras, cedeu o direito de uso de seus rótulos para a Falstaff Brewing Corporation, devendo receber 4 milhões de dólares, além de 50 centavos por barril de cerveja vendido entre os anos de 1972 e 1978.

O contrato previa que, “[a]pós a Data de Fechamento, a Compradora envidar[ia] os melhores esforços para promover e manter um alto volume de vendas”³⁶. Na ocasião, início dos anos 1970, houvera um grande avanço das chamadas “cervejas *light*”, produzidas apenas pelas sociedades que dominavam o mercado. Consequentemente, diminuía drasticamente o número de fábricas de cerveja nos Estados Unidos, passando de 866 para apenas 40 unidades. Entre elas, estava Ballantine, que mantinha sua posição no mercado, investindo fortemente em propaganda: o investimento realizado era de mais de 1 milhão de dólares por ano.

Todavia, após a Data de Fechamento do contrato, em 1975, assumiu o comando do grupo o Sr. Kalmanovitz, descrito pela Decisão como “individualista” e “empreendedor tradicional”. Sob sua decisão, foram realizadas alterações nas

te, “[t]he underlying rationale for gap filling is that an actual bargain is superior to a hypothetical one. In fiduciary relationships, however, hurdles created by monitoring, specification, and information asymmetry make detailed contracting impracticable and inefficient. Attempts by the law to create incentives for parties to specify their relationship would most likely be futile or at least inefficient. Therefore, fiduciary duties are provided upfront and apply unless the contours of the agreement clearly indicate otherwise”. [PARGENDLER (2008), p. 1353].

33 As expressões entre aspas estão em: COSTA (2016), p. 25.

34 “Há lacuna”, assegura Guilherme Nitschke, “quando ausente parcela do regulamento contratual, que-remos dizer, quando o *conteúdo* do contrato se apresentar lacunoso, o que significa dizer, a um, que há lacuna quando faltar regra jurídica necessária à relação subjacente; e a dois, que, em sendo o conteúdo a contratual informado por um conjunto diverso de fontes (autonomia privada, lei, costumes e boa-fé objetiva), lacuna haverá apenas quando o conteúdo *total* do contrato não apresentar disciplina”. E ainda: lacuna “é falta de disciplina, falta de norma, e não oposição entre normas existentes, ou dúvida sobre o seu sentido” [NITSCHKE (2019), respectivamente, pp. 291 e 293].

35 United States District Court, S. D. New York, *Bloor v. Falstaff Brewing Corporation*, 454F.Supp. 258, 76 Civ. 3231 (CLB), 06.07.1978. A decisão foi reafirmada em United States Court of Appeals, Second Circuit, *Bloor v. Falstaff Brewing Corporation*, 601 F.2d 609, 15.05.1979.

36 No original: “8. Certain Other Covenants of Buyer. (a) After the Closing Date the (Buyer) will use its best efforts to promote and maintain a high volume of sales under the Proprietary Rights.”

estratégias de *marketing*, e as cervejeiras praticamente pararam de investir em publicidade e de conceder bônus aos distribuidores (algo que seria essencial para o cumprimento de metas), encerrando, ademais, as atividades de quatro centros de distribuição. A contrapartida a ser recebida pela vendedora com base nas unidades vendidas diminuiu consideravelmente, passando as partes a litigar sobre o significado – e o adimplemento, ou não – da cláusula de melhores esforços.

A Compradora, Falstaff, defendia uma análise subjetiva dos “melhores esforços”. Para tanto, dever-se-ia ter em mente as dificuldades financeiras pelas quais passava. Já a Vendedora, Ballantine, sustentava um *standard* objetivo. Assim, a dificuldade financeira não escusaria o cumprimento de suas obrigações. Os melhores esforços seriam aqueles realizados por uma cervejeira “média e prudentemente comparável”.

A Corte analisou a situação financeira da Compradora e concluiu que ela não era tão grave quanto alegado. Constatou que, mesmo quando havia recursos disponíveis, estes não haviam sido investidos na promoção de vendas da cerveja Ballantine. Mais do que isso, ao decidir pelo fechamento dos centros de distribuição, a Compradora sequer havia estudado alternativas menos drásticas. E ainda, uma empresa concorrente havia proposto a aquisição dos direitos de distribuição da cerveja Ballantine, mas Falstaff não teria negociado (atitude que seria tomada por uma empresa “média e prudentemente comparável”). Essa oportunidade seria essencial para demonstrar que a Compradora não havia promovido as vendas da cerveja “segundo a boa-fé e na extensão de sua capacidade”. Considerou-se inadimplida a obrigação de melhores esforços e o ganho de causa foi dado à Vendedora.

No direito norte-americano, em que a utilização dessas cláusulas é corriqueira, os Tribunais chegam a reconhecer em certos casos o *dever implícito* de um dos contratantes de usar esforços razoáveis em favor do outro, marcadamente quando este se encontra em uma situação de dependência perante a contraparte³⁷. Também na jurisprudência canadense, não há dúvidas sobre a vinculabilidade e eficácia dessas cláusulas. Em caso no qual o resultado almejado pelo cumprimento das respectivas obrigações de esforços consistia na aprovação de requerimentos feitos a terceiros, a Corte de Apelação da província de Ontário decidiu que a “simples dúvida” quanto às chances de sucesso de um requerimento não é suficiente para justificar o abandono dos esforços³⁸.

Também não há superfetação entre a cláusula de melhores esforços com os deveres decorrentes do princípio da boa-fé objetiva. A diferença começa pela

37 Assim, exemplificativamente, num contrato de distribuição com cláusula de exclusividade.

38 *Nelson v. 535945 British Columbia Ltd.*, 2007 BCSC 1544, referindo-se a *364511 Ontario Ltd. v. Darena Holdings Ltd.*, [1999] O.J. No. 1784 (Ont. C.A.).

fonte do dever (a vontade das partes, na cláusula de melhores esforços; a lei, no respeitante ao princípio da boa-fé) e prossegue com o conteúdo. O dever de empregar “os melhores esforços” pactuado, por exemplo, numa compra e venda vai além de uma ação proba, cooperativa e respeitosa ao interesse alheio, como deriva do art. 422 do Código Civil brasileiro ao prever o dever geral de agir segundo a boa-fé³⁹. O dever de melhores esforços implica a adoção de ações que realizem, quantitativa e qualitativamente, os melhores (e não quaisquer) esforços prometidos no interesse do fim contratual⁴⁰.

Esse *quantum* deve ser aferido, na generalidade das relações de direito civil comum, pelo padrão do “bom pai de família”, ou *vir bonus* ou, ainda, na conceituação ponteana, como “homem-tipo do grupo”⁴¹ ou – como de modo mais adequado hoje se diz – o *standard* da “pessoa razoável”. No campo dos negócios de direito empresarial e societário, utiliza-se o *standard* do “administrador diligente”⁴², aplicável também em todas as relações assentadas no dever

39 Neste ponto é preciso atenção, para distinguir o dever geral de agir segundo a boa-fé, de origem legal e, no mais das vezes, implícito no contrato, com um eventual dever contratual e específico de colaborar segundo a boa-fé. Isto porque, o dever de colaborar segundo a boa-fé comporta tanto uma cooperação em caráter geral (“dever geral de cooperar para o adimplemento”) quanto uma cooperação específica, destinada a certo fim, por vezes explicitamente indicado no contrato, por vezes derivado da natureza da prestação prometida. Conquanto admitido que, por força da boa-fé, como mandamento legal, os figurantes de um negócio jurídico têm, de modo até mesmo implícito, o dever de colaborar para o adimplemento, por vezes, em razão de previsão contratual expressa, configura-se dever cuja fonte é a autonomia privada, é dizer, a própria autorregulamentação de interesses. Assim, na medida em que comporta graus e tem fonte na autonomia privada, o dever de colaborar contratualmente previsto pode ser equiparado ao dever de diligência, no sentido de ser necessária também uma ação (diligente ou cooperativa) do credor para o fim contratual poder ser satisfatoriamente cumprido.

40 Os deveres decorrentes do princípio da boa-fé, implicitamente incidentes a um contrato, têm sua feição e intensidade determinados pelo interesse concretamente veiculado pelo contrato, o qual segue uma tríplice classificação expressa, sinteticamente, nas fórmulas *mea res agitur*, *tua res agitur*, *nostra res agitur*. Logo, o dever de conduta segundo a boa-fé pode esgotar-se em simples dever de consideração ao legítimo interesse alheio, como nos contratos de intercâmbio; traduzir-se no dever de agir no interesse alheio, nos limites do contrato, naqueles contratos marcados pela fidúcia, como o mandato ou a administração; ou, ainda, concretizar-se no dever de disposição para o trabalho comum e para a realização de sacrifícios em prol do fim comum, restrito esse interesse, todavia, aos contratos em que o fim é suprapessoal, como o contrato de sociedade [MARTINS-COSTA (2018a), p. 345].

41 A diligência para alcançar o resultado devido é “seleção, escolha, cuidado” tanto mais intensamente exigíveis quanto maior a qualificação profissional da devedora, pois “o homem normal não é apreciado fora das circunstâncias objetivas, porque o especialista se põe, por si mesmo, em um plano acima do homem comum. Tem-se de exigir dêle a diligência dos especialistas, portanto, dos homens normais especialistas” [os trechos entre aspas estão em PONTES DE MIRANDA (1954a), § 178, 2, p. 254, e, ainda, PONTES DE MIRANDA (1971b), § 2.789, 1, p. 71]. Trata-se de averiguar, então, o que em outra passagem o autor chama de “homem-tipo do grupo” [PONTES DE MIRANDA (1954a), § 178, 7, pp. 261-262].

42 O *standard* do administrador diligente acolhido no art. 1.011 do Código Civil brasileiro engloba o dever de se qualificar para o exercício da função; o dever de bem administrar; o dever de se informar; o dever de investigar; o dever de vigiar. Por esta razão, “distingue-se do dever de diligência dos demais devedores das obrigações em geral, uma vez que se exige destes últimos a diligência de um bom pai de

de gerir ou de cuidar de bens e interesses alheios, como no mandato, ou bens e interesses comuns, como no contrato de associação e no de sociedade.

Em nosso sistema, a concretização desses *standards* será apurada segundo critérios hermenêuticos habituais, conjugando-se vários fatores. Dentre estes, deverá o intérprete ter em conta a “intenção consubstanciada na declaração” (Código Civil brasileiro, art. 112), questionando: os contraentes quiseram ajustar uma diligência “normal” ou requereram, ainda que implicitamente, uma diligência averiguável segundo um *standard* particularmente elevado? Que palavras usaram? Que tipo de contrato pactuaram? Qual o seu fim? Em vista do padrão do “administrador diligente”, situado em situação hipotética análoga a dos contraentes concretamente considerados, quais os esforços seriam exigíveis? Em suma, o intérprete deverá ter em conta dados do entorno fático e normativo (Código Civil brasileiro, art. 113), contrastando a conduta do devedor com aquela que seria seguida, em similares circunstâncias, por uma pessoa comportando-se segundo a boa-fé (ou segundo o padrão do administrador diligente, ou da pessoa razoável), tendo em conta os usos comuns ao setor econômico no qual situado o contrato e sua concreta finalidade econômico-social⁴³.

O padrão abstrato dos “esforços razoáveis” corresponde ao que os tribunais e a doutrina norte-americana definem como os *best efforts*, ou *reasonable best efforts*⁴⁴, assim entendidos aqueles em que a “a party must do all that can possibly be done to seek and obtain an end, even if the impact would be materially adverse to the seeking party and even if there is a material monetary cost to the action”⁴⁵. Imagina-se, para essas hipóteses, qual seria a conduta que uma terceira pessoa equilibrada tomaria, em condições e circunstâncias similares. Para concretizar o conteúdo dos *best efforts*, a jurisprudência norte-americana remete à interpretação de cada contrato em sua integralidade⁴⁶.

família, enquanto aos primeiros impõe-se algo mais do que a simples conduta como um *bonus pater familias* – requer-se dos administradores, nos dias de hoje [...] uma atuação competente e profissional” [assim: PARENTE (2005), p. 41].

43 Acerca das funções dos usos, inclusive a hermenêutica, *vide*, na doutrina brasileira recente, COMIRAN (2019). Para os usos na integração contratual, também NITSCHKE (2019).

44 ADAMS (2004), p. 14, como segue: “By extension, as a matter of semantics there is no basis for suggesting that reasonable efforts should be given a meaning different from best efforts or reasonable best efforts. Most courts use the terms best efforts and reasonable efforts interchangeably.” O padrão dos *best efforts* corresponde “ao nosso padrão abstrato do *vir bonus*” [LEÃES (2004), p. 10].

45 SHINE (2004), p. 15. A decisão clássica é de 1927, sendo então declarado o dever implícito de esforços razoáveis por parte do contratante que havia recebido da contraparte o direito de exclusividade na promoção dos seus produtos (*designs*). Seu prolator foi ninguém menos que Benjamin Cardozo, ao julgar o caso United States, New York Court of Appeals, *Wood v. Duff-Gordon*, 118 N.E. 214 (NY 1917). Nas palavras de Cardozo, não poderia a corte simplesmente pressupor “que uma parte teria sido colocada à mercê da outra” (no original: “[...] that one party was to be placed at the mercy of the other”). Para comentários, ver FARNSWORTH (2004), pp. 77-78 e 496. Na doutrina brasileira, relata o caso LEÃES (2004), p. 9.

46 United States District Court for the Southern District of New York, *In re Gulf Oil/Cities Serv. Tender Of-*

Por vezes, os contraentes se comprometem a envidar “todos os atos comercialmente razoáveis”, ou similares. Discute-se se as expressões “melhores esforços” e “todos os melhores esforços” (ou similares) e “esforços comercialmente razoáveis” têm comando idêntico ou se, na maior adjetivação (“melhores” e “todos”), revela-se um grau de intensidade maior. A questão é de hermenêutica contratual. Se, por exemplo, numa cláusula, exige-se “todos os melhores esforços” e, noutra, “todos os esforços comercialmente exigíveis”, creio haver diferença na intensidade do dever, tratando-se, então, na primeira fórmula, de um dever de *diligência qualificada*: não se trata de uma diligência comum (já por si só devida e a ser aferida segundo os usos comerciais), mas de uma diligência revestida por especial intensidade, de um esforço que supera o habitualmente exigível em similares circunstâncias.

David Shine⁴⁷ aponta a existência de uma hierarquia entre *best efforts*, *reasonable best efforts* e *commercially reasonable efforts*. No topo, está a noção de *best efforts*, ou *all best efforts*, significando que a parte deve fazer tudo que for possível para obter o fim colimado⁴⁸. Um nível abaixo, estariam os *reasonable best efforts*, que seriam esforços “substanciais”, limitados pelas atitudes *unreasonable* perante o mercado. Por fim, o terceiro e mais baixo nível seria o correspondente aos *commercially reasonable efforts*, fórmula para *limitar* o esforço requerido⁴⁹.

Não é exigível alcançar o grau de diligência implícito em expressiva fórmula já utilizada na jurisprudência inglesa: “*leave no stone unturned*”, isto é, fazer tudo o que estiver ao seu alcance para atingir o resultado pretendido, não deixando “pedra sobre pedra”⁵⁰. Conquanto esse caso, no início do século xx, tenha-se

fer Litig., 725 F. Supp. 712, 30.10.1989 (no original: “[...] properly determined by the court as a question of law from the four corners of the contract”, em referência a United States Appellate Division of the Supreme Court of New York, *Foster v. Citrus County Land Bureau, Inc.*, 133 A.D.2d 665, 13.10.1987). Na doutrina, entre outros, David Shine, como segue: “Whether a party has used its best efforts in a particular situation is obviously a factual question. But what are a party's efforts to be measured against? One possibility is that best efforts are to be measured against what the applicable party could do. The other possibility is that best efforts is to be measured against what a similarly situated party would do” (SHINE, David, 2004, “‘Best Efforts’ Standards under New York Law: Legal and Practical Issues”, *The M&A Lawyer*, v. 7, n. 9, p. 16).

47 SHINE (2004).

48 SHINE (2004), p. 15, *in verbis*: “a party must do all that can possibly be done to seek and obtain an end, even if the impact would be materially adverse to the seeking party and even if there is a material monetary cost to the action”.

49 SHINE (2004), p. 15, segundo o qual “commercially reasonable efforts” constituem “limiting both the effort required to be exerted in the process as well as what a party may ultimately be obligated to do in order to obtain the desired end”. Também assim em *Diamond Robinson Building Ltd. v. Conn.*, 2010 BCSC 76. Porém, para alguns autores, deve-se tomar *best efforts* como sinônimo de *reasonable best efforts* [e.g., ADAMS (2004), p. 14].

50 *Sheffield Dist. Ry. Co. v. Great Cent. Ry. Co.* (1911) 27 TLR 451.

constituído em *leading case* sobre a obrigação de *best efforts*, decisões posteriores tanto na Inglaterra quanto nos Estados Unidos relativizaram o rigor dessa regra em casos extremos, estancando a intensidade do dever na hipótese, por exemplo, de levar a parte obrigada à insolvência ou falência⁵¹, comprometendo o próprio patrimônio⁵². Ainda assim, o *standard* é rigoroso: a parte obrigada jamais poderá deixar de agir conforme um grau elevado de diligência, considerando as circunstâncias que cercam a relação obrigacional⁵³.

Na doutrina nacional, poucos são os estudos sobre a relevância da adjetivação da diligência devida ou mesmo sobre a medida do esforço devido. Leães sugere atender ao *standard* do *vir bonus*⁵⁴. Na doutrina portuguesa, Mota Pinto sugere que, na concreção dos “melhores esforços”, “serão atendíveis todos os coeficientes ou elementos que um declaratório medianamente instruído, diligente e sagaz, na posição do declaratório efectivo, teria tomado em conta [...], tais como os usos da prática ou de outra natureza que possa interessar, devendo prevalecer sobre os usos gerais ou especiais”⁵⁵. A jurisprudência, todavia, como constatou estudo acadêmico, é “escassa”⁵⁶, mormente se comparada com a “ampla utilização” na prática advocatícia.

Em síntese: uma obrigação de “melhores esforços” configura-se como obrigação de meios (diligência), constituindo-se como um vínculo jurídico dotado dos mesmos atributos de vinculabilidade obrigacional a cumprir o prometido e de sancionabilidade, na hipótese de incumprimento. Logo, a ausência de um regramento legal específico no Direito brasileiro ao dever de “melhores esforços”, ou de implementar “todos os esforços”, ou, ainda, “todos os atos comercialmente razoáveis”, para além de ser tecnicamente inusual não implica, de modo algum, hipótese de “vazio normativo”. Sob esses aspectos, nada a discerne das demais modalidades de obrigação. A diferença entre as obrigações de meios e as obrigações de resultado estará, quanto aos efeitos, na presunção de culpa, sempre que a culpa for requisito da responsabilidade contratual, e no ônus da prova.

51 *Bloor v. Falstaff Brewing Corp.*, 601 F.2d 609 (2d Cir. 1979) (no original: “[...] in good faith and to the extent of its own total capabilities”).

52 “This is common sense. No party would ever enter into any contract if it was required to take every imaginable course of action and couldn’t factor in its financial self-interest. A company isn’t required to spend itself into bankruptcy” [BATTERMAN (2007)].

53 High Court of Justice, Queen’s Bench Division, *Terrel v. Mabie Todd & Co Limited*, 69 RPC 23.

54 LEÃES (2004), p. 10.

55 MOTA PINTO (1985), pp. 450 e ss.

56 COSTA (2016). Também versou o tema: LEÃES (2004).

Cabe, assim, examinar quais são os efeitos do incumprimento de uma obrigação de meios, ou “melhores esforços”.

Parte II. Do inadimplemento de uma obrigação de melhores esforços e de seus efeitos

A não realização do dever contratualmente ajustado – seja de meios, resultado ou garantia – configura, se imputável ao devedor, resultando na insatisfação dos interesses do credor, *vero e proprio*, inadimplemento contratual⁵⁷. O incumprimento da obrigação por eles gerada é sancionado ou por via da execução específica, ou da mora, ou das perdas e danos com caráter substitutivo à prestação incumprida, ou da resolução, acrescida de perdas e danos.

Para compreender as razões dessa assertiva, é necessário partir do reverso do inadimplemento, qual seja, o adimplemento satisfativo. Este é concretizado quando realizada, no tempo, modo e lugar devidos, a integralidade dos deveres de prestação previstos no contrato e na lei⁵⁸. Logo, estando o dever de diligência previsto de modo expresso, por decisão das partes, na declaração negocial instrumentalizada pelo contrato, não há hesitação em afirmar que se trata de uma prestação *prevista, qualificada* pela sua fonte – a autonomia privada – e pelo fim contratual e, ademais, *necessária* para alcançar o adimplemento satisfativo e a própria utilidade do contrato, como veículo de interesses dignos de tutela jurídica⁵⁹.

Há, porém, quanto às obrigações de meios, peculiaridades em relação às demais prestações (de resultado e de garantia), as quais atinem à caracterização do inadimplemento (relativo e definitivo) ao ônus probatório e à possibilidade de, havendo inadimplemento definitivo, vir a ser postulada a resolução contratual.

Como bem percebeu Clóvis do Couto e Silva, “de alguns negócios jurídicos brotam obrigações cujo adimplemento se pode considerar realizado, ainda que não se obtenha o fim do contrato e mesmo que não se tenha verificado o obstáculo da *vis maior*”. Há certos deveres – observa ainda – “em cujo processo a obtenção do fim, embora certamente desejada, não constitui, por si só, critério para verificar se houve, ou não, adimplemento”⁶⁰. Ainda assim, assegura, o fim integra o processo das obrigações de meios⁶¹. A diligência devida é também

57 Para a noção normativa de inadimplemento, v. MARTINS-COSTA (2009), pp. 128-130.

58 COUTO E SILVA (2006), p. 20; ainda: MARTINS-COSTA (2006), pp. 119-122, e ainda MARTINS-COSTA (2018a), § 26, pp. 292-293.

59 Assim, MARTINS-COSTA (2009), pp. 50-56.

60 COUTO E SILVA (2006), p. 64.

61 COUTO E SILVA (2006), p. 64.

finalisticamente orientada. Cabe assim averiguar como se dá o inadimplemento de uma obrigação de melhores esforços.

Em termos gerais, o inadimplemento consiste no não cumprimento de dever resultante do vínculo obrigacional⁶². O termo traduz a falta ou a defeituosidade na prestação devida, revestindo-se por tríplice modalidade: o *inadimplemento relativo*, cujo efeito é a mora⁶³, tem seu conceito deduzido dos arts. 389 e 394 do Código Civil brasileiro, configurando-se pelo não cumprimento imputável, no tempo, na forma e no lugar devidos, da prestação prometida, sendo essa, porém, ainda possível e útil ao credor; o *inadimplemento absoluto*, também dito “definitivo”, quando a prestação não foi cumprida tal qual devida, nem poderá sê-lo, com utilidade para o credor⁶⁴. Essas duas espécies se definem pelo efeito do não cumprimento no programa contratual, se definitivo ou se ainda purgável. Há, ainda, a *violação positiva do contrato*, também dita “violação positiva do crédito”, cuja presença é residual, mas cuja especificação é útil, pois define-se pela espécie de dever violado: trata-se do descumprimento de deveres insertos no *interesse de proteção* (laterais), e não no *interesse de prestação*.

Para marcar as peculiaridades do inadimplemento do dever de melhores esforços, *sempre dever de prestação*, caracteristicamente obrigação de fazer (e não dever “lateral” ou “de proteção”), desimporta a violação positiva do contrato. Cabe, pois, referir tão-somente (1) a mora, (2) o inadimplemento definitivo e (3) os efeitos deste, particularizando-os, oportunamente, na espécie de dever que é objeto deste estudo.

1. O inadimplemento relativo (mora)

Sempre que o devedor não cumprir, imputavelmente, a prestação, ou quando o credor não quiser recebê-la no tempo, no modo ou no lugar devidos (Código Civil, art. 394), estar-se-á diante de uma situação de não cumprimento de dever obrigacional⁶⁵. Havendo discrepância entre o devido e o cumprido, e sendo imputável a uma das partes da relação obrigacional, há incumprimento.

62 Sobre o tema, escreveu-se em MARTINS-COSTA (2018a), § 81, pp. 745-758; MARTINS-COSTA (2017); MARTINS-COSTA (2018b) e MARTINS-COSTA (2009), pp. 108 e ss.

63 Na prática, as expressões são utilizadas como sinônimas, embora, em rigor, a mora seja efeito do inadimplemento relativo.

64 Na doutrina brasileira, vide SILVA (2007), pp. 33 e ss., bem como HAICAL (2010), p. 66, que acentua: “Não há como se negar a existência desse instituto jurídico no Direito brasileiro, porque, mesmo a mora abrangendo o não cumprimento da prestação no tempo, lugar e forma devidos, ela somente se restringe ao descumprimento dos deveres insertos nos interesses de prestação. Não abrange os interesses de proteção. Por isso, quando descumpridos deveres laterais insertos no interesse de proteção, surge a violação positiva do crédito.”

65 MARTINEZ (1994), p. 130.

Surgem então, as questões de saber: houve incumprimento imputável? A quem é imputável?

Diz-se, tradicionalmente, que, nas obrigações de resultado, presume-se a culpa sempre que o resultado não é alcançado. Já nas obrigações de meio, não há presunção de culpa, é o credor quem deve provar a culpa do devedor da obrigação de prestar melhores esforços. Atualizando a assertiva e colocando o foco na imputabilidade do incumprimento, e não na culpa (que é apenas fator de imputação⁶⁶), pode-se afirmar que, nas obrigações de resultado, presume-se ser o *inadimplemento* imputável ao devedor, enquanto nas obrigações de meio – e, especificamente, na de melhores esforços – não há essa presunção: é o credor quem deve provar a imputabilidade do incumprimento ao devedor⁶⁷. Deve alcançar, assim, ao julgador, elementos objetivos que comprovem *quais* os esforços que, considerado o *standard*, deveriam ter sido realizados, mas não o foram. Uma vez provada a imputabilidade do incumprimento ao devedor, no entanto, segue-se o regime normal da inexecução das obrigações.

Figure-se hipótese na qual, em contrato de compra e venda de participações acionárias, ajuste-se uma obrigação de melhores esforços incumbente a ambas as partes segundo a qual compradora e a vendedora deverão realizar estudos, reuniões e negociar “arranjos negociais” para solver certas dívidas da empresa até certo termo sob pena de, em não o fazendo, o ônus advindo dessas dívidas ser suportado integralmente pela compradora, e não mais por ambas as partes. E imagine-se ainda que, dando execução ao dever de melhores esforços, a compradora se encarrega de estruturar junto aos bancos credores os “arranjos” para solver as dívidas.

Os bancos aceitam a proposição. Porém, para implementar tais “arranjos contratuais” que viabilizariam a solução da dívida, é necessária também a ação da vendedora, que, para tanto, deve empregar seus melhores esforços, por exemplo: entregando aos bancos, atempadamente, certos documentos; comparecendo a reuniões negociatórias e nelas atuando segundo a boa-fé para que os “arranjos contratuais” sejam bem-sucedidos. Porém, a vendedora não emprega os melhores esforços. Pelo contrário, protela, tergiversa e, quando comparece a alguma reunião, só aparentemente se dispõe a encontrar solução: na

66 Fator de imputação, também dito “nexo de imputação”, ou, ainda, “fator de atribuição”, é o critério que dirá se uma determinada conduta foi negligente ou arriscada, caso se esteja perante um caso de responsabilidade subjetiva ou objetiva, respectivamente. Na sempre lembrada distinção de Serpa Lopes, fatores de imputação atinam a um problema de *imputatio iuris*, ao contrário do nexo causal, respeitante a uma questão de *imputatio facti*. No sistema brasileiro, os principais fatores de imputação são a culpa, reitoria da responsabilidade subjetiva, o risco, critério geral da responsabilidade objetiva, e a segurança, para alguns tipos de responsabilidade profissional [SERPA LOPES (1962), p. 252].

67 A mora não necessariamente é culposa, embora normalmente o seja. Basta que seja *imputável* ao devedor, seja por fator de imputação subjetivo (culpa) ou objetivo (risco, garantia), v. MARTINS-COSTA (2009), p. 335.

realidade, cria óbices irrazoáveis, titubeia, volta atrás nas deliberações tomadas.

Ora, *agir para que as dívidas sejam solvidas* (para tanto promovendo reuniões, disponibilizando documentação, propondo formas de pagamento das garantias e negociando “arranjos contratuais para tanto”) é dever jurídico contratual. Se a compradora logra provar que o inadimplemento do dever de diligência é imputável à vendedora (também devedora do dever de melhores esforços), pois essa envereda por artimanhas, protelações, agindo (ou se omitindo) deslealmente no cumprimento do dever de atuar com seus melhores esforços, o inadimplemento estará caracterizado.

Em outro exemplo, tem-se o dever de “melhores esforços” para, em contratos de duração, “renegociar” o contrato em termo certo, ou, ainda, quando os contraentes estipulam mecanismo multietapas de soluções de controvérsias, o que exige negociação entre os contraentes. O “negociar” e o “renegociar” implicam atitudes positivas, a serem procedidas segundo a boa-fé, não se admitindo artimanhas, protelações, deslealdades ou renitências irrazoáveis⁶⁸, lembrando as palavras de Regis Fabre⁶⁹, segundo o qual a recusa em negociar (seja faltando ao encontro seja não respondendo ao chamado) caracteriza, “sem dúvida”, uma culpa (*faute*) contratual.

No desenvolvimento dos melhores esforços em renegociar, as partes são obrigadas a formular proposições sérias, relativas ao contrato, podendo a violação do dever decorrer de um atentado à letra do contrato – pela recusa pura e simples – ou de uma contradição com o seu espírito, por meio de uma negociação renitente e destituída de lealdade contratual que, no mais das vezes, é um mal-disfarçado expediente protelatório. Agindo deslealmente, o contratante a quem beneficia não negociar, ou silencia, restando inerte, ou faz proposições irrazoáveis, e, assim, cria impasses a um acordo.

Nesses casos, a ação violadora dos melhores esforços é, no mínimo, culposa, podendo configurar *culpa grave*, bem tendo percebido Clóvis do Couto e Silva que, não raramente, o princípio da culpa articula-se com o princípio da boa-fé⁷⁰. Em qualquer situação, devem os contraentes adstritos a esse dever formular as proposições de forma séria e correta (“proba”, na linguagem do art. 422 do Código Civil brasileiro), com relação ao contrato, formulando hipóteses de solução que não sejam, como diz Regis Fabre, “nem derrisórias nem desproporcionadas”⁷¹. Similarmente assinala José Emilio Nunes Pinto, em texto doutrinário no qual analisa os mecanismos multietapas de solução de controvérsias, que “o abandono das negociações por qualquer das partes representará

68 MARTINS-COSTA (2010), pp. 25-28.

69 FABRE (1983), p. 19.

70 COUTO E SILVA (2006), pp. 39-40.

71 FABRE (1983), p. 19.

violação do princípio da boa-fé pelo qual as partes deverão se pautar durante a negociação do contrato, todo o período de vigência deste e, ainda, a nosso ver, durante a fase pós-contratual”⁷².

Se, a despeito da mora, a obrigação de melhores esforços ainda puder ser cumprida com utilidade para o credor, seu inadimplemento atrai a incidência do art. 249, *caput* e parágrafo único, do Código Civil brasileiro, pois se trata de obrigação de fazer. Se o devedor estiver em mora ou recusar a execução ao dever de atuar segundo os melhores esforços, e o fato ou os fatos sobre os quais recaiam os esforços devidos puderem ser executados por terceiro, o credor pode mandar executá-lo à custa do devedor, sem prejuízo da indenização cabível pela mora. E, “em caso de urgência, pode o credor, independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar o fato, sendo depois ressarcido”.

Mas mora é estado transitório por definição: cessa ou com sua purgação ou com sua transformação em inadimplemento definitivo. Essa transformação se verifica quando a prestação devida não é cumprida, nem mais poderá sê-lo, com interesse para o credor. O inadimplemento (já, então, definitivo) enseja, assim, diversas qualificação e eficácia.

2. Inadimplemento definitivo

Para saber se há uma situação de inadimplemento definitivo, a primeira regra legal a ter-se em conta é o art. 395, parágrafo único, segundo a qual “se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos”. O seu significado está em demarcar o requisito permissivo da *transformação do estado de mora* (isto é, inadimplemento relativo) em *inadimplemento definitivo*, então passando a proporcionar ao credor a opção entre exigir o cumprimento forçado do contrato, ou uma indenização substitutiva do pactuado, ou o exercício do direito formativo extintivo de resolução contratual *lato sensu*⁷³, previsto nos arts. 474 e 475 do Código Civil brasileiro.

Para alcançar-se o inadimplemento definitivo, é necessário, pois, que a prestação devida não tenha sido cumprida por fato imputável ao devedor, *não*

72 NUNES PINTO (2004).

73 A resolução por inadimplemento *lato sensu* considerada é gênero que abarca a resolução em sentido estrito e a resilição. Resilição e resolução são nomenclaturas atinentes a formas extintivas que se diferenciam pela eficácia: diz-se que um contrato é resolvido, em sentido estrito, quando, em razão das circunstâncias, os efeitos contratuais forem apagados – a eficácia desconstitutiva é *ex tunc*; diz-se resilição quando os atos de execução já tenham produzido os efeitos, então cabendo eficácia desconstitutiva *ex nunc*. Vide, sobre esse tópico, na doutrina civilista brasileira, PONTES DE MIRANDA (1959a), § 3.086, pp. 305-308; HAICAL (2014), pp. 311-313, e ZANETTI (2014).

podendo mais sê-lo, ou porque a prestação se tornou *impossível* ou porque, em razão da mora, tornou-se *inútil ao interesse do credor*. Como está em autorizada voz doutrinária, “[o] incumprimento, requisito da resolução, é apenas o ‘incumprimento definitivo’, originário de impossibilidade superveniente, total, absoluta ou relativa, imputável ao devedor, ou resultante da perda do interesse do credor em receber uma prestação ainda possível, mas que não foi efetuada ou foi malfeita por impossibilidade parcial ou temporária, por cumprimento imperfeito ou pela mora”⁷⁴.

Não há maiores problemas quanto à *impossibilidade de prestar*⁷⁵, verificada quando a prestação não é mais faticamente possível. Mas a definitividade do incumprimento também estará caracterizada se a prestação ainda for possível, no plano fático, porém, em razão da mora, desatender à *utilidade para o credor*. A expressão legal “inútil ao credor” é, contudo, semanticamente vaga. Se destituída de prévios critérios para a sua concretização, sua aplicação poderia levar a um incontrolável subjetivismo por parte do julgador, gerando intolerável insegurança jurídica. Por isso, a doutrina, em seu próprio e inafastável labor de proposição de modelos hermenêuticos, tem, ao longo do tempo, apresentado parâmetros auxiliares à diminuição da fluidez da expressão legal.

Agostinho Alvim ofereceu o primeiro desses parâmetros. É econômico, afirmou⁷⁶, o critério da inutilidade “para o credor”, “em face do credor”⁷⁷, pois este tem o direito a receber utilmente, sob pena de se caracterizar o direito de enjeitar a prestação e receber perdas e danos. A resposta, embora correta, era insuficiente, pois se averiguada “em face” do credor, haveria de ser perquirida,

74 AGUIAR JÚNIOR (2011), p. 543. Para uma breve referência sobre as espécies resolutivas e sua relação com a boa-fé, v. MARTINS-COSTA (2018a), § 81, pp. 745-746.

75 É sempre necessária a atenção à afirmação segundo a qual, na obrigação de resultado, só a impossibilidade objetiva liberaria; nas obrigações de meio, tanto a impossibilidade objetiva quanto a subjetiva teriam efeito liberatório, pois o devedor teria de cumprir pessoalmente a obrigação. Este raciocínio pode conduzir a equívocos. Em primeiro lugar, porque a impossibilidade objetiva é sempre da *prestação*. Assim, mesmo nas obrigações de meio dotadas de uma carga elevada de pessoalidade (obrigações personalíssimas), se o fato atinge a pessoa do devedor, é a *prestação devida* que restará inviabilizada. Porém, se o devedor puder se fazer substituir por outro, na prestação, essa será *devida*, e não haverá que se falar em impossibilidade.

76 ALVIM (1980), p. 48. O autor acenava, então, ao critério econômico e ao interesse do credor a receber utilmente, considerando essa inutilidade da prestação para o credor um caso “não mais como mora, e, sim, como inadimplemento definitivo”.

77 ALVIM (1980), p. 54. Exemplificativamente, na jurisprudência: TJSP. Ap. Cív. 0010764-21.2011.8.26.0047. 9.ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Alexandre Bucci. J. em 08.03.2016 (“Critério para distinguir a mora do inadimplemento absoluto é essencialmente econômico, levando em conta a utilidade da prestação para satisfazer o interesse do credor”); TJSP. EI 0003239-10.2009.8.26.0224. 3.ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Jesus Lofrano. J. em 06.11.2012 (“A extinção do contrato, todavia, somente se justifica quando a mora causa ao credor dano de tal envergadura que não lhe interessa mais o recebimento da prestação devida, pois a economia do contrato está afetada”).

mais precisamente, “em face” do seu *interesse*, já que, no Direito, o interesse é o que legitima⁷⁸.

A civilística posterior debateu, então, os *standards* de aferição desse interesse, se *subjetivos* (a utilidade que legitimamente esperava ao contratar, isto é: a utilidade que motivara o ajuste) ou *objetivos* (deduzidos do programa contratual, do sinalagma e das finalidades visadas pelo contrato). Afinal, chegou-se a uma síntese, como aponta Ruy Rosado de Aguiar Júnior, ao observar: a utilidade deriva “da capacidade da coisa ou do ato para satisfazer o interesse do credor”⁷⁹. Este interesse, acrescenta, “funciona como parâmetro tanto para a mora, em sentido estrito, quanto para os demais casos de incumprimento imperfeito”⁸⁰. Se, apesar da mora, a prestação ainda pode ser útil ao credor, não se alcança o inadimplemento definitivo: a mora é purgável.

Caso contrário, quando a prestação é “feita com atraso ou imperfeições tais que ofend[em] gravemente a obrigação”, ensejará “o desaparecimento do interesse do credor, por inutilidade”⁸¹. Isto porque a falha atribuível ao devedor impede que se realize o fim visado pelo contrato, por isto originando incumprimento (normativamente) definitivo e servindo de fundamento à resolução *lato sensu*, se esta for a opção do credor. Assim também se o interesse do credor desaparecer, por inutilidade, pelo inadimplemento, pelo devedor da obrigação de melhores esforços.

Retome-se exemplo proposto por Cristiano Zanetti ao tratar especificamente da hipótese de perda do interesse do credor à prestação⁸²: em contrato de prestação de serviços de treinamento para cavalos de corrida, o treinador revelou-se manifestamente imperito para tanto. Trata-se de obrigação de meios: ao prometer treinar os cavalos, o treinador não se obriga a fazê-los vencer a corrida – obriga-se a prepará-los para tanto. Se não os treina com toda diligência e perícia, empregando nesse mister os seus melhores esforços, a perda do interesse é manifesta, justificando o inadimplemento.

78 PONTES DE MIRANDA (1959a), § 2.906, p. 87.

79 O interesse protegido é o do credor. É o que está na doutrina e na jurisprudência brasileiras, e.g.: AGUIAR JÚNIOR (2011), pp. 590-591. Ver também ASSIS (2013), pp. 120-122; ZANETTI (2014), pp. 131-133; NANNI (2008), p. 303. Na jurisprudência, confira-se o REsp 1.294.101. 4.ª Turma. Relator Min. Raul Araújo. J. em 24.02.2015, *in verbis*: “[...] 1. A regra do art. 395 do CC/2002 responsabiliza o devedor em mora e possibilita ao credor rejeitar a prestação que, devido à mora, tornou-se para si inútil, exigindo indenização. Na hipótese, a inutilidade da prestação consulta o interesse do credor, levando em conta elementos objetivos, relacionados às normas contratuais e à natureza da prestação, e elementos subjetivos, relativos à necessidade do credor e sua legítima expectativa [...]”.

80 AGUIAR JÚNIOR (2011), p. 590.

81 AGUIAR JÚNIOR (2011), p. 591.

82 ZANETTI (2019), p. 782.

No exemplo, a obrigação de melhores esforços se apresenta como dever principal de prestação. Cogite-se, no entanto, de contrato de arrendamento de um centro de treinamento de cavalos, no qual o treinamento se apresente como dever secundário. Será então preciso examinar se a falta de diligência em treinar os cavalos, o não emprego de esforços para que os animais estejam aptos a participar – com esperável sucesso – em competições, atinge o interesse (total) à prestação, de modo definitivo ou não.

A apreciação do interesse atingido pelo inadimplemento do devedor há de ser feita segundo o *standard objetivo-subjetivo*, é dizer: deve considerar todos os *elementos objetivos* (e.g., atinentes ao tipo contratual e às suas características, ou à espécie de negócio pactuado) e *subjetivos*, mas *objetiváveis* segundo critérios racionalmente aferíveis⁸³, por exemplo, pelas práticas acaso existentes entre as partes e pelos usos, pois é por seu intermédio que, “com frequência, se podem averiguar as expectativas das partes quanto à compreensão da vontade e quanto àquilo que deixaram de manifestar”⁸⁴. Deve analisar o comportamento do devedor, individuando os interesses do credor cuja satisfação inadimplida tenha relevância jurídica para os fins da resolução. Assim definida a lesão derivada do inadimplemento, deve ser verificada a sua importância em face da economia contratual considerada em sua inteireza, considerando as circunstâncias concretas, ainda que sucessivas à conclusão do contrato⁸⁵. Em qualquer situação, a prestação em falta deverá ser posta em relação com o interesse do credor, tratando-se de um interesse objetivado⁸⁶, recortado em vista da operação econômica em causa⁸⁷.

O exame segundo o *standard subjetivo-objetivo* deverá considerar, exemplificativamente, outros negócios conexos, os *consideranda* contratuais ou documentos pré-negociais, bem como por meio do contraste com o *id quod plerumque accidit*, do que se pode retirar dos usos do setor ou de uma inação significativa, como relata Zanetti, ao mencionar hipótese de *recusa tácita em*

83 Assinala-se: “[...] no critério subjetivo, não deverá o intérprete se preocupar em buscar o interesse irrestrito de determinado credor, ou seja, os motivos do credor, mas, sim, auferir tal interesse subjetivo dentro dos limites do tipo negocial existente, e na legítima expectativa do credor com a realização deste” [HAICAL (2010), p. 76].

84 COMIRAN (2019). E ainda: “Os usos comerciais configuram, nesse processo, um dos principais critérios de esclarecimento de significados e de integração de lacunas volitivas. Em determinadas circunstâncias, ademais, funcionam como informativos da existência de vínculos contratuais.”

85 CUBEDDU (1995), p. 18.

86 MARTINS-COSTA (2009), pp. 361-364.

87 Enunciado no 162, III Jornada de Estudos de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “A inutilidade da prestação que autoriza a recusa da prestação por parte do credor deve ser aferida objetivamente, consoante o princípio da boa-fé e a manutenção do sinalagma, e não de acordo com o mero interesse subjetivo do credor.”

*adimplir*⁸⁸; ou, ainda, quando há ameaça de dano iminente e significativo ao credor, hipótese em que o cumprimento se afigura imperioso para a tutela dos interesses em jogo⁸⁹; também se o contrato veicula uma alta carga de pessoalidade da prestação, hipótese em que a perda do interesse resulta de uma perda da confiança na possibilidade de a mora ser purgada, o devedor ainda vindo a executar a prestação satisfatoriamente aos interesses do credor.

Em suma: o incumprimento definitivo não é afastado quando a obrigação incumprida é de diligência, seja ela obrigação principal ou secundária. A perda de interesse do credor, até mais facilmente se pode configurar quanto maior for a carga de diligência esperada, em razão do contrato. Porém, o ônus da prova é do credor e a extensão do inadimplemento deve considerar se o dever incumprido atingiu a prestação de modo a torná-la inútil ou a violar de forma substancial o interesse do credor.

Resta examinar, ainda que muito brevemente, os efeitos do inadimplemento de obrigação de melhores esforços, começando por recordar o quadro genérico do efeito do inadimplemento das obrigações de diligência.

3. Os efeitos do inadimplemento

Quando o devedor não cumpre a prestação devida, surgem ao credor pretensões de direito material que visam, finalisticamente, a entrar no lugar daquela que fora contratada. Porém, para saber quais são essas pretensões, deve a *summa divisio* entre inadimplemento relativo (mora) e definitivo (absoluto) ser atentamente considerada.

Se caracterizado o *inadimplemento relativo* de obrigação de diligência – seja ela principal ou secundária –, pode o credor pedir a purga da mora, inclusive, se for o caso, requerendo ao juiz ou árbitro a concessão de tutela inibitória, para que recaia sobre o moroso a imposição de *astreintes* (pena cominatória). E, em qualquer caso, pode requerer o pagamento de indenização (“perdas e danos”) devida pela mora.

Se caracterizado o *inadimplemento definitivo* de obrigação de melhores esforços – quando for ela a obrigação principal –, três opções se abrem ao credor.

88 Em outra hipótese aduzida por Zanetti, o contrato de construção e transmissão de propriedade de bem imóvel foi resolvido após 14 anos sem que as obras tivessem sequer iniciado (TJSP. Ap. Civ. 0201675-35.2005.8.26.0100. 7.ª Câmara Cível. Relator Des. Mendes Pereira. J. em 29.08.2012). Assim em: ZANETTI (2019), p. 776.

89 ZANETTI (2019), p. 785.

Pode requerer o *cumprimento específico*, pois a tutela específica – bem diz Marinoni – “é imprescindível para a realização concreta do direito constitucional à efetiva tutela jurisdicional”⁹⁰.

Na obrigação de melhores esforços (assim como a de negociar, renegociar, colaborar), prometendo-se diligência, configura-se uma *obrigação de fazer*, bem lembrando Carmona que, hoje em dia, após a reforma processual de 2005, as sentenças condenatórias de obrigação de fazer, não fazer e de entregar coisa “não ensejam mais execução em seu sentido estrito, mas mero cumprimento”⁹¹. Logo, a ordem (judicial ou arbitral) impondo o cumprimento específico do dever de prestar os melhores esforços para a obtenção de certo resultado constitui determinação do cumprimento específico de obrigação de fazer, podendo incidir *astreintes* a forçar o cumprimento dos atos concretizadores dos melhores esforços. Pode, ainda, pedir que seja o devedor condenado a pagar perdas e danos derivados da mora injustificada do devedor recalcitrante da obrigação de atuar segundo “os melhores esforços”. O limite estará na impossibilidade de cumprir o devedor tais melhores esforços.

A prevalência do cumprimento específico constitui a regra do art. 947, primeira parte, do Código Civil, “[s]e o devedor *não puder cumprir a prestação na espécie ajustada*, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente”⁹².

Desse preceito decorrem duas consequências: o devedor deve cumprir a prestação na espécie ajustada, sendo esta a sua prestação primária. Apenas se não puder cumprir – é dizer, na hipótese de impossibilidade – substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente, como está nos arts. 947, 249 e 251 do Código Civil brasileiro específicos às obrigações de fazer e não fazer. Então se estará a tratar da *execução pelo equivalente pecuniário*. Pode o credor, nesse caso, pedir uma indenização em dinheiro substitutiva da prestação incumprida.

90 MARINONI (2018), p. 273. É consensual a afirmação segundo a qual nenhuma outra sanção é mais adequada e eficaz do que aquela que obriga o devedor a prestar exatamente o que prometeu: dar, fazer e não fazer. Com a tutela específica, satisfaz-se o interesse primário do credor, e não o sucedâneo, representado pela indenização na hipótese de descumprimento. Na doutrina, veja-se, exemplificativamente, GRINOVER, (1995); MENEZES DIREITO; CAVALIERI FILHO (2011), p. 434; THEODORO JR. (2002), p. 14. Na jurisprudência, e.g.: STJ. REsp 856.826/DF. 3.ª Turma. Relator p/ acórdão Min. Ari Pargendler. J. em 19.02.2008, caso no qual se superou inclusive a possibilidade de execução específica sobre obrigações de fazer. No mesmo sentido: STJ. REsp 482.094/RJ. 3.ª Turma. Relator p/ acórdão Min. Sidnei Beneti. J. em 20.05.2008. Já sob a égide do Novo Código de Processo Civil, *vide*, exemplificativamente, TJSP. AI 2230954-55.2016.8.26.0000. 11.ª Câmara Cível. Relator Des. Gilberto dos Santos. J. em 02.02.2017 [“a regra da lei é a de que a todo custo deve ser prestigiada a execução específica da obrigação (bastando ver que o *caput* do art. 497 é muito claro ao dispor que na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente), ficando assim reservada a multa e a conversão em perdas e danos como medidas de apoio ou residuais”].

91 CARMONA (2009), p. 397.

92 Grifei.

Finalmente, se não preferir exigir o cumprimento, tem o credor o recurso à *resolução por inadimplemento*, se se tratar de contrato bilateral e sinalagmático. A resolução é exercida por meio do direito formativo extintivo de resolução, entre cujos requisitos está o inadimplemento definitivo.

Assim, se houver inadimplemento definitivo de obrigação de diligência que configure dever principal de prestação, e estando todos os pressupostos para o exercício do direito formativo extintivo de resolução configurados, o resultado será o desfazimento do vínculo, com eficácia *ex tunc* ou *ex nunc* conforme se trate, respectivamente, de resolução em sentido estrito ou de resilição⁹³. Mas *quid iuris* se a obrigação de diligência configurar *dever secundário*, como normalmente ocorre com a obrigação de melhores esforços?

Se a hipótese estiver prevista no contrato, tratando-se da resolução convencional (Código Civil, art. 474, primeira parte), em linha de princípio, caberá reconhecer a eficácia extintiva causada pelo inadimplemento⁹⁴. Mas se as partes não a previram? Caberá a resolução legal (Código Civil, art. 474, segunda parte, e art. 475) pelo inadimplemento definitivo da obrigação de melhores esforços?

A questão é delicada⁹⁵. Exige sejam feitas distinções e perquirições, pois o grau de conduta esperado pela obrigação de melhores esforços é fortemente *relacional* aos elementos específicos – normativos e fáticos – do caso concreto.

Cogite-se de hipótese em que a reiteração da conduta desconforme à cláusula de melhores esforços for verificada em relação contratual de trato sucessivo no tempo, possibilitando antever que o resultado visado pelo acordo de interesses será inelutavelmente atingido pela desídia do devedor, como no caso *Wood v. Duff-Gordon*, da jurisprudência norte-americana, no qual o inadimplemento resultou porque os melhores esforços não estavam sendo empregados⁹⁶; ou que essa mesma reiteração de conduta faltosa vier a tisanar, de modo gra-

93 PONTES DE MIRANDA (1959b), § 3.093, pp. 375-378; AGUIAR JÚNIOR (2011), especialmente pp. 190-191; BAPTISTA MACHADO (1991), p. 135; HAICAL (2010).

94 Porém, se a obrigação enunciada na cláusula resolutiva foi cumprida de modo apenas ligeiramente imperfeito, o credor não pode invocar a cláusula, pois, do contrário, se estaria a lhe entregar uma inadmissível condição resolutiva meramente potestativa, v. MARTINS-COSTA (2018a), p. 749, sublinhando observação de Vincenzo Roppo nesse mesmo sentido.

95 Assim está anotado em HAICAL (2010), p. 76.

96 Vide nota de rodapé 46, *supra*. Sinteticamente: Lucy Duff-Gordon era uma grande estilista britânica no início do século xx que contratou Ottis Wood, comerciante nova-iorquino, para difundir sua marca nos Estados Unidos, concedendo-lhe direito de exclusividade, o qual duraria ao menos um ano, sendo automaticamente renovado até que uma das Partes enviasse uma notificação solicitando a extinção do Contrato. Em contrapartida, Ottis Wood receberia 50% dos lucros que proporcionasse à estilista. Passado algum tempo, Ottis Wood ajuíza a ação, alegando que Lucy inadimplia o contrato, violando seu direito de exclusividade. O caso foi decidido pelo célebre Judge Cardozo. Ele entendeu que, mesmo não tendo sido estipulada expressamente uma obrigação contratual de melhores esforços, a estrutura do negócio levaria à conclusão de que Ottis Wood havia-se comprometido a empregar seus esforços. Para chegar a essa conclusão, considerou-se, especialmente, que Lucy só teria algum lucro caso Ottis se esforçasse em

ve, a relação de confiança que permeia as obrigações duradouras, nas quais é mais elevada a carga de pessoalidade, como no caso, acima aventado, do treinador que não diligencia satisfatoriamente para que os cavalos albergados no centro de treinamentos que dirige tenham uma boa alimentação, treinos diários com pessoal capacitado, atendimento veterinário adequado, etc.

Para alcançar a resposta a estas e a outras questões, deverá ser escrupulosamente examinado, no caso, se a violação do dever de melhores esforços pode ainda ser purgada, com utilidade ao interesse do credor ou se, ao contrário, foi de molde a comprometer o interesse do credor, conduzindo à inutilidade da prestação e, portanto, configurando o inadimplemento definitivo.

Para formar sua convicção e fundamentar sua decisão, o julgador deverá ter em mente o *standard objetivo-subjetivo*, acima referido, ao se tratar do inadimplemento definitivo. Não ensejará a resolução (porque não configurará inadimplemento definitivo) a violação de um dever de melhores esforços que não venha revestida de “importância” ou “gravidade” tal capaz de comprometer o interesse do credor⁹⁷, podendo ainda haver purga da mora. Como escrevi em outra sede, a resolução configura um direito formativo *reacional* à situação ofensiva que a realidade do contrato representa, em vista do incumprimento⁹⁸. Logo, um incumprimento pontual, isolado, de “escassa importância” – como está em decisão já antiga⁹⁹ e no texto do Código Civil italiano¹⁰⁰ – não justifica a resolução.

É o que está em lição de Baptista Machado: “Considerando concretamente o quadro contratual, a importância da obrigação violada há-de definir-se por referência ao interesse do credor. Ao fim e ao cabo é este interesse e a medida em que ele é afectado que decidem da importância do incumprimento para

realizar a distribuição e certificação dos produtos nos Estados Unidos. Aceitar o direito de exclusividade implicaria exsurgirem correspondentes deveres, já que “uma parte não pode ficar à mercê da outra” [United States, New York Court of Appeals, *Wood v. Duff-Gordon*, 118 N.E. 214 (NY 1917), tradução livre].

97 Como está em Gustavo Haical: “A gravidade do descumprimento encontra-se em íntima relação com o interesse do credor porque, em razão deste, e, na medida em que ele é afetado, poder-se-á afirmar se um determinado dever jurídico descumprido poderá dar ensejo à existência de um direito de resolução ou a ensejar motivo justificado à denúncia de determinado contrato. Assim, em determinadas situações, conforme se verá, com vistas a poder configurar o direito de resolução ou o justo motivo à denúncia cheia, não bastará um único descumprimento. Deverá ocorrer a reiteração do ato ilícito relativo por parte do devedor, para que o inadimplemento alcance certa gravidade” [HAICAL (2010), pp. 75-76].

98 MARTINS-COSTA (2018a), p. 747. Para maior desenvolvimento, consulte-se também AGUIAR JÚNIOR (2011), p. 458.

99 Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul. El 190149609. 3.º Grupo Cível. Relator Des. Moacir Adiers. J. em 26.06.1992, também citado por HAICAL (2010), pp. 74-75.

100 Código Civil italiano, art. 1.455: “Importanza dell’inadempimento. Il contratto non si può risolvere se l’inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all’interesse dell’altra (1.522 e seguenti, 1.564 e seguente, 1.668, 1.901).”

efeitos de resolução. Nesta ordem de ideias, pode mesmo dizer-se com razão que a violação é mais grave quando a obrigação violada foi tornada mais estrita pelo credor”¹⁰¹.

Conclusão

O tema da caracterização das obrigações de diligência – mormente a de melhores esforços – exige um especial esforço do intérprete: não apenas deverá estar ciente das características normativas do inadimplemento no Direito brasileiro como deverá enfrentar um encadeamento de conceitos vagos: assim, as expressões *diligência*, *melhores esforços*, *utilidade da prestação para o credor* e *interesse contratual*. Para além do imprescindível domínio técnico, necessário ao seu preenchimento conceitual, parece conveniente sugerir às partes, quando pactuam uma cláusula de melhores esforços, especificar – quando possível e oportuno – exemplos de ações denotativas dos esforços exigíveis. E, no momento do litígio, provar, com dados objetivos, os esforços que poderiam ter sido realizados, e não o foram, e por quê.

Bibliografia

- ADAMS, Kenneth A., 2004, “Understanding ‘best efforts’ and its variants (including drafting recommendations)”, *Practical Lawyer*, v. 50, n. 4, pp. 11-20,
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de, 2011, *Comentários ao Novo Código Civil*. Vol. VI. Tomo II, Forense, Rio de Janeiro.
- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio, 2009, *Direito das Obrigações*, 12.^a ed, Almedina, Coimbra
- ALVIM, Agostinho, 1980, *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*, 5.^a ed, Saraiva, São Paulo.
- ASSIS, Araken de, 2013, *Resolução do contrato por inadimplemento*, 5.^a ed, Revista dos Tribunais, São Paulo.
- BAPTISTA MACHADO, João, 1991, “Pressupostos da resolução por incumprimento”, in Baptista Machado, João, *Obra Dispersa*, Scientia Iuridica, Braga, v. 1, pp. 125-195
- BATTERMAN, Daniel A., 2007, “‘But i’ll try really, really hard!’: using ‘best efforts’ clauses”, in www.battermanlaw.com/articles/besteffortsclosures.html#fn11, (23.09.2019).

101 BAPTISTA MACHADO (1991), p. 135.

- BETTI, Emilio, 1953, *Teoria Generale delle Obbligazioni*, Giuffrè, Milano, t. I.
- CARMONA, Carlos Alberto, 2009, *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*, 3.^a ed., Atlas, São Paulo.
- CHABAS, François, 1998, “Obligations – Théorie Générale”, in Mazeaud, Henri; Mazeaud, Léon; Mazeaud, Jean, *Leçons de Droit Civil*, 9.^a ed., Montchrestien, Paris, t. II, v. 1.
- COMIRAN, Giovana, 2019, *Os usos comerciais: da formação dos tipos à interpretação e integração dos contratos empresariais*, Quartier Latin, São Paulo.
- COMPARATO, Fábio Konder, 1967, “Obrigações de meio, de resultado e de garantia”, *Revista dos Tribunais*, v. 386. Republicado em Comparato, Fábio Konder, 1978, *Estudos e Pareceres de Direito Empresarial*, Forense, Rio de Janeiro, pp. 521-539.
- COSTA, Márcio Henrique, 2016, *Cláusula de melhores esforços – best efforts: da sua incidência e efetividade nos contratos. Interpretação e prática*, Juruá, Curitiba.
- COUTO E SILVA, Clóvis, 2006, *A Obrigação como Processo*, FGV, Rio de Janeiro.
- CRUZ, Gisela Sampaio da, 2005, “Obrigações alternativas e com faculdade alternativa. Obrigações de meio e resultado”, in Tepedino, Gustavo (Org.), *Obrigações: estudos na perspectiva civil constitucional*, Renovar, Rio de Janeiro, pp. 147-179.
- CUBEDDU, Maria Giovanna, 1995, *L'importanza dell'inadempimento*, Giappichelli, Torino.
- DEMOGUE, René, 1925, *Traité des obligations en général*, Librairie Arthur Rousseau, Paris, t. V.
- DEROUSSIN, David, 2012, *Histoire du Droit des Obligations*, 2.^a ed., Economica, Paris.
- EIZIRIK, Nelson, 2011, *A Lei das S/A Comentada*, Quartier Latin, São Paulo, t. II.
- FABRE, Regis, 1983, “Les Clauses d'Adaptation dans les Contracts”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, v. 82, 1983, pp. 1-30.
- FARNSWORTH, E. Allan, 2004, *Contracts*. 4th ed. Aspen, New York.
- GREZZANA, Giacomo, 2019, *Cláusula de Declaração e Garantias em Alienação de Participação Societária*, Quartier Latin, São Paulo.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, 1995, “Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer”, *Revista de Processo*, v. 79, pp. 65-76.
- HAICAL, Gustavo, 2010, “O inadimplemento pelo descumprimento exclusivo de dever lateral advindo da boa-fé objetiva”, *Revista dos Tribunais*, v. 900, pp. 45-84.
- HAICAL, Gustavo, 2014, “Apontamentos sobre o direito formativo extintivo de denúncia no contrato de agência”, in Martins-Costa, Judith (Org.), *Modelos de Direito Privado*, Marcial Pons, São Paulo, pp. 294-332, pp. 311-313.

- LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros, 2004, “A Obrigação de Melhores Esforços (Best Efforts)”, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 134, pp. 7-12.
- MARINONI, Luiz Guilherme, 2018, *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*, 5.^a ed., Revista dos Tribunais, São Paulo.
- MARTINEZ, Pedro Romano, 1994, *O cumprimento defeituoso, em especial na compra e venda e na empreitada*, Almedina, Coimbra.
- MARTINS, Maria Inês de Oliveira, 2018, *Contrato de seguro e conduta dos sujeitos ligados ao risco*, Almedina, Coimbra.
- MARTINS-COSTA, Judith, 2006, *Comentários ao Novo Código Civil*. Vol. V. Tomo I, 2.^a ed, Forense, Rio de Janeiro.
- MARTINS-COSTA, Judith, 2009, *Comentários ao Novo Código Civil*. Vol. V. Tomo II, 2.^a ed, Forense, Rio de Janeiro.
- MARTINS-COSTA, Judith, 2010, “A cláusula de *hardship* e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração”, *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 25, pp. 11-39,
- MARTINS-COSTA, Judith, 2017, “O árbitro e o cálculo do montante da indenização”, in Carmona, Carlos Alberto; Lemes, Selma Maria Ferreira; Martins, Pedro Batista, *20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz*, Atlas, São Paulo, pp. 611-615.
- MARTINS-COSTA, Judith, 2018a, *A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*, 2.^a ed., Saraiva, São Paulo.
- MARTINS-COSTA, Judith, 2018b, “Notas comparatistas sobre a obrigação fundamental do contrato”, in Baptista, Luiz Olavo; Visconte, Debora; Alves, Mariana Cattel Gomes (Orgs.), *Estudos de Direito: uma homenagem ao Prof. Dr. José Carlos de Magalhães*, Atelier Jurídico, São Paulo, pp. 633-639.
- MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CAVALIERI FILHO, Sergio, 2011, *Comentários ao Novo Código Civil*. Vol. XIII, 3.^a ed., Forense, Rio de Janeiro.
- MINASSE, Elton, 2005, *Contribuição ao estudo das obrigações “de meios” e “de resultado”*, dissertação de mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto da, 1985, *Teoria geral do Direito Civil*, 3.^a ed., Coimbra, Coimbra.
- NANNI, Giovanni Ettore, 2008, “O dever cooperação nas relações obrigacionais à luz do princípio constitucional da solidariedade”, in Nanni, Giovanni Ettore (coord.), 2008, *Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo*. Atlas, São Paulo, pp. 283-321.
- NITSCHKE, Guilherme, 2019, *Lacunas contratuais e interpretação: história, conceito e método*, Quartier Latin, São Paulo.

- NUNES PINTO, José Emilio, 2004, *O Mecanismo Multi-Etapas de Solução de Controvérsias*, in <https://jus.com.br/artigos/6024/o-mecanismo-multi-etapas-de-solucao-de-controversias> (11.09.2019).
- PARENTE, Flávia, 2005, *O dever de diligência dos administradores de sociedades anônimas*, Renovar, Rio de Janeiro.
- PARGENDLER, Mariana, 2008, “Modes of gap-filling: good faith and fiduciary duties reconsidered”, *Tulane Law Review*, v. 82.
- PARGENDLER, Mariana, 2015, “A responsabilidade civil dos administradores e *business judgment rule* no Direito Brasileiro”, *Revista dos Tribunais*, v. 953, pp. 51-74.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva, 2014, *Instituições de Direito Civil*, 26.^a ed., Forense, Rio de Janeiro, v. 2.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, 1954a, *Tratado de Direito Privado*, Borsoi, Rio de Janeiro, t. II.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, 1954b, *Tratado de Direito Privado*. Borsoi, Rio de Janeiro, t. V.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, 1959a, *Tratado de Direito Privado*, Borsoi, Rio de Janeiro, t. XXV.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, 1959b, *Tratado de Direito Privado*, Borsoi, Rio de Janeiro, t. XXVI.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, 1971a, *Tratado de Direito Privado*, 3.^a ed., Borsoi, Rio de Janeiro, t. XXII.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, 1971b, *Tratado de Direito Privado*, 3.^a ed., Borsoi, Rio de Janeiro, t. XXIII.
- RENTERÍA, Pablo, 2011, *Obrigações de meio e de resultado*. Análise crítica, Método, Rio de Janeiro.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de, 1962, *Curso de Direito Civil*, 2.^a ed., Freitas Bastos, Rio de Janeiro, t. V.
- SHINE, David, 2004, “‘Best Efforts’ Standards under New York Law: Legal and Practical Issues”, *The M&A Lawyer*, v. 7, n. 9, pp. 15-17.
- SILVA, Jorge Cesa Ferreira da, 2007, “Inadimplemento das Obrigações”, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo.
- THEODORO JR., Humberto, 2002, “Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer”, *Revista de Processo*, v. 105, pp. 9-33.
- TUNC, André, 1945, “La Distinction des Obligations de Résultat et des Obligations de Diligence”, *Juris-Classeur Périodique*, v. 1, n. 449, reproduzido em 1946-1947 na *Nuova rivista di diritto commerciale, diritto dell’economia, diritto sociale*, v. 1, pp. 126-145.
- TUNC, André, 2000, “A distinção entre obrigações de resultado e obrigações de diligência”, *Revista dos Tribunais*, v. 778, pp. 755-764.

- TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz; PIMENTEL, Ayrton, 2002, *O contrato de seguro: de acordo com o novo Código Civil brasileiro*, Instituto Brasileiro de Direito do Seguro, São Paulo.
- VENOSA, Silvio de Salvo, 2003, *A cláusula de melhores esforços nos contratos*, in www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI936,91041A+clausula+de+melhores+esforços+nos+contratos (16.09.2019).
- ZANETTI, Cristiano de Sousa, 2014, “A transformação da mora em inadimplemento absoluto”, *Revista dos Tribunais*, v. 942, pp. 117-143.
- ZANETTI, Cristiano de Sousa, 2019, “A perda do interesse do credor”, in Benetti, Giovana et al. (Orgs.), *Direito, Cultura, Método: leituras da obra de Judith Martins-Costa*, GZ, Rio de Janeiro, pp. 765-788.